Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du douze février deux mille quinze.

Numéro 40632 du rôle

Composition:

Carlo HEYARD, président de chambre,
Ria LUTZ, premier conseiller,
Théa HARLES-WALCH, premier conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

E n t r e :

A, demeurant à D-(…),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Frank SCHAAL de Luxembourg du 14 novembre 2013,

intimé sur appel incident,

comparant par Maître Marc THEISEN, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

la société à responsabilité limitée B s.à r.l., établie et ayant son siège social à L-(…), représentée par son gérant actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit SCHAAL,

appelante par incident,

comparant par Maître Michel MOLITOR, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 4 novembre 2014.

Ouï le magistrat de la mise en état en son rapport oral à l'audience.

Par requête du 6 août 2012, A a fait convoquer la société à responsabilité limitée B s.à r.l. devant le tribunal du travail de Luxembourg aux fins de voir constater que son licenciement avec préavis intervenu le 12 mars 2012 est abusif, de s'entendre faire droit à sa demande en indemnisation pour le montant total de 78.172,57 euros et de se voir délivrer, sous peine d'astreinte, le certificat de travail. Il demanda encore l'exécution provisoire du jugement à intervenir et une indemnité de procédure de 4.500 euros.

Il fit exposer qu'il a été engagé par la société B suivant un contrat de travail à durée indéterminée avec effet au 1er novembre 2007 en qualité d'assistant de direction et qu'à partir du 1er juillet 2010, il a été promu aux fonctions de gérant commercial. Il contesta les motifs de son licenciement plus amplement décrits dans la lettre de motivation du 18 avril 2012 sous differentes rubriques intitulées : *« Fehlende Fachkompetenz », « Nichtvorhandensein einer effizienten Einsatzsteuerung », « Nichtbeachtung der internen Kompetenzverteilung », « Fehlende Personal führungskompetenz, « Fehler in der Personalführung », « Illoyale Grundeinstellung gegenüber dem Arbeitgeber »* comme n'étant pas précis, réels et sérieux.

A l'audience des plaidoiries, la société B souleva l'incompétence ratione materiae du tribunal du travail pour connaître de la demande, au motif que A a été le gérant administratif de la société et qu'il n'y a aucun lien de subordination entre parties, qu'il a dû rendre compte uniquement à l'assemblée générale de la société B, que sa rémunération a consisté en une prime de 2,5 % sur le bénéfice et qu'il n'a eu aucune tâche salariée distincte. Elle contesta les montants indemnitaires et la prime réclamés par A.

Par jugement du 10 octobre 2013, le tribunal du travail a rejeté le moyen d'incompétence soulevé, a déclaré le licenciement avec préavis de A abusif, a déclaré la demande de A en indemnisation de son dommage matériel fondée pour le montant de 8.000 euros et en indemnisation de son dommage moral pour le montant de 3.000 euros, a déclaré fondée la demande de A en paiement d'une prime proratisée pour l'exercice 2012 à concurrence de 3.847,13 euros et non fondée pour le surplus, a déclaré non fondée la demande de A en indemnité pour perte d'un avantage en nature, a condamné la société B à payer à A la somme totale de 14.847,13 euros avec les intérêts légaux à partir du jour de la demande en justice

jusqu'à solde, a condamné la société B à remettre à A le certificat de travail, sous peine d'une astreinte que le tribunal a fixé à 20 euros par jour de retard dans un délai de dix jours à partir de la notification du jugement, a fixé le maximum de l'astreinte à la somme de 1.000 euros, a déclaré non fondée la demande de A en majoration d'intérêts, a déclaré non fondée la demande en exécution provisoire du jugement, a condamné la société B à payer à A une indemnité de procédure évaluée à 250 euros, a rejeté la demande de la société B en paiement d'une indemnité de procédure.

Pour statuer comme il l'a fait, le tribunal a relevé qu'il existe un faisceau d'indices concordants permettant de retenir qu'il y a eu un contrat de travail réel entre A et la société B, de sorte que le tribunal du travail doit se déclarer compétent pour connaître de sa demande, les pièces versées en cause par le défenderesse n'étant pas de nature à contredire ces éléments.

Le tribunal a encore relevé que la lettre de licenciement et la lettre de motivation ne laissent pas de doute qu'il s'agit d'une résiliation avec préavis d'une relation de travail et non pas d'un mandat social.

En ce qui concerne le licenciement, le tribunal a relevé, d'une part que l'employeur a fait une confusion entre les griefs liés à la fonction de *« kaufmännischer Geschäftsführer »* et ceux relatifs à la fonction de salarié de A et, d'autre part que la lettre de motivation est rédigée en des termes vagues et généraux.

Le tribunal a fixé les dommages et intérêts en tenant compte de l'âge de A, de sa qualification et de son expérience professionnelle, ensemble les pièces versées en cause. Il a alloué à A la prime réclamée par lui et reconnue par la société B. Il l'a débouté de sa demande en paiement d'un avantage en nature, en l'occurrence l'usage privé du véhicule de service, au motif que le paiement de cet avantage en nature figure sur les fiches de salaire de A pour la période de préavis, de sorte qu'il n'a subi aucun préjudice en relation causale avec le licenciement.

Par exploit d'huissier du 14 novembre 2013, A a régulièrement relevé appel de ce jugement en ce qui concerne le volet indemnitaire.

Il conclut, par réformation, à entendre condamner la société B à lui payer la somme de 38.787,95 euros du chef de dommages et intérêts, soit 28.787,95 euros à titre de préjudice matériel et 10.000 euros à titre de préjudice moral. Il demande également une indemnité de procédure de 1.000 euros.

L'intimée interjette appel incident du jugement en ce qu'il a rejeté le moyen d'incompétence ratione materiae du tribunal du travail pour connaître du litige. Elle demande, par réformation du jugement entrepris, principalement, de déclarer incompétentes les juridictions du travail pour connaître du litige, subsidiairement,

de déclarer le licenciement intervenu régulier en la forme, plus subsidiairement, de déclarer non fondées les demandes en dommages-intérêts de l'appelant du chef de préjudice matériel et moral, sinon de ramener les montants alloués à de plus justes proportions et de débouter l'appelant de l'ensemble de ses autres demandes, y compris celle en paiement d'une indemnité de procédure.

Elle fait grief au tribunal du travail de l'avoir débouté de sa propre demande en paiement d'une indemnité de procédure et elle demande également une indemnité de procédure de 1.500 euros pour l'instance d'appel.

Concernant les faits et circonstances de l'affaire, la Cour renvoie à la relation correcte et exhaustive faite par le tribunal du travail pour la faire sienne dans son intégralité.

Les parties restent contraires en instance d'appel sur la compétence rationae materiae du tribunal du travail pour connaître du présent litige, alors que la société B conteste tout lien de subordination entre elle et A, tandis que ce dernier prétend avoir travaillé sous les ordres et le contrôle du bénéficiaire économique C de la société B.

L'existence d'une relation de travail salariée ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination ou de la qualification qu'elles ont donnée à leur convention, mais des conditions de faits dans lesquelles s'exerce l'activité du travailleur.

Ainsi que l'ont relevé à bon escient les premiers juges, la preuve du contrat de travail peut résulter d'un ensemble d'éléments qui constituent des présomptions précises et concordantes faisant conclure à l'existence d'un lien de subordination.

Il appartient au demandeur à l'action de démontrer l'existence de faits qui engendrent une relation de travail.

Le critère essentiel du contrat de travail est le lien de subordination qui est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements d'un subordonné. Il n'exige cependant pas que l'employeur exerce sur le salarié une direction étroite et permanente, mais il suffit que le premier ait le droit de donner au second des instructions pour l'organisation et l'exécution du travail convenu et qu'il ait effectivement fait usage de ce droit.

Si le cumul dans le chef d'une même personne des fonctions d'organe social et de salarié d'une société est possible, il faut cependant que le contrat de travail soit une convention réelle et sérieuse qui correspond à une fonction réellement exercée

distincte de la fonction d'organe social et qui est caractérisée par un rapport de subordination de salarié à employeur.

En l'espèce, il résulte des pièces que A a commencé à travailler auprès de la société B le 1er janvier 2008 suivant un contrat à durée indéterminée en tant que *« Assistent der Geschäftsführung/Nachwuchs-Geschäftsführer unbeschadet einer späteren Versetzung auf Grund seiner beruflichen und persönlichen Fähigkeiten oder nach den Bedürfnissen des Betriebes »*.

Le 30 juin 2010, les parties ont signé un *« Geschäftsführervertrag »* à durée indéterminée suivant lequel A s'est vu conférer le pouvoir de gérer la société conformément à la loi et aux statuts et de la représenter conjointement avec le deuxième gérant. Le § 1 prévoit qu'il n'est astreint qu'aux décisions de l'assemblée des associés ou d'un conseil de gérance au cas où il existe.

Le § 2 intitulé « Einzelne Aufgaben » stipule que : « *(1) Dem Geschäftsführer obliegt die kaufmännische Leitung und Uberwachung des Unternehmens B s.à r.l. un D s.e.n.c ».* Suit encore une liste de différentes fonctions spécifiques, p.ex. l'établissement des comptes sociaux et la convocation de l'assemblée générale des associés.
Le § 3 énumère les actes pour lesquels l'autorisation expresse de l'assemblée des associés est requise, tels par exemple la vente de terrains, la cession de l'entreprise etc.

Ces nouvelles responsabilités ont fait l'objet d'une publication au Mémorial C. n° 2869 du 31 décembre 2010 de laquelle il résulte qu'à partir du 1er juillet 2010, A a été nommé gérant administratif et E a été confirmé en tant que gérant technique, la société étant valablement engagée par la signature conjointe des deux gérants.

Il se dégage de ces éléments que A s'est vu investir de pouvoirs de gestion et de représentation très étendus, de nature à faire présumer qu'il avait aussi pouvoir de contrôle sur ses propres activités qui se seraient déroulées en dehors de son mandat social.

En ce qui concerne le sort de l'ancien contrat de travail, A fait valoir qu'il a toujours perçu une rémunération, qu'il était soumis à un horaire très précis, qu'il était soumis au régime de pension et de maladie des salariés, qu'il a dû soumettre des rapports sur ses activités à son employeur et qu'il a fourni des prestations très précises au profit de M. C, tels que les déclarations de TVA, le suivi des procédures auprès de F en vue du recouvrement de créances, qu'il a exécuté des ordres de paiements/virements, qu'il a mené des négociations avec des banques et représenté la société auprès d'avocats. A l'appui de ses allégations, il verse différentes pièces dont un descriptif de ses fonctions envoyé le 10 août 2014 à son mandataire.

La société B, au contraire, soutient que la référence faite aux dispositions du droit du travail dans le contrat de gérance et l'existence d'une lettre de licenciement suivie d'une lettre de motivation ne sauraient contredire l'absence de tout lien de subordination et de toute fonction technique distincte exercée par le prétendu salarié en sus de son mandat social.

La société B fait encore valoir que les tâches alléguées par A, à les supposer établies, loin d'établir une quelconque fonction technique, rentraient parfaitement dans le cadre de la mission classique d'un gérant administratif telle que définie par la loi et précisée dans le « Geschäftsführervertrag » du 30 juin 2010.

Elle conteste encore la force probante du courriel du 10 août 2014 envoyé par A à son avocat et invoqué par A pour établir qu'il a toujours agi sous l'ordre de C aux motifs que nul ne peut être témoin de sa propre cause et que C n'exerçait à l'époque aucune fonction dirigeante dans la société et n'avait donc aucune autorité d'intervenir dans la gestion quotidienne de la société ni pour donner des instructions aux deux gérants de l'époque, A et G.

Il y a lieu d'abord de remarquer que le fait que les parties aient convenu d'un horaire de travail de 40 heures par semaine, d'un congé annuel de 25 jours, outre cinq jours pour des besoins de représentation de la société, ainsi qu'un salaire annuel payable par 12 mensualités, en sus d'un tantième de 2,5 % en fonction des résultats de la société et qu'elles se fussent référées aux dispositions légales et conventionnelles, notamment aux dispositions du droit du travail pour la résiliation du contrat de travail ainsi qu'aux dispositions tant du droit du travail que du droit des sociétés pour toutes les questions non prévues au contrat, n'est pas de nature à faire admettre d'emblée que les parties avaient entendu remplacer l'ancien contrat de travail par un nouveau contrat de travail. Ceci est d'autant moins vrai qu'il appert du nouveau contrat de gérance qu'il avait vocation à régler l'ensemble des relations entre parties.

En ce qui concerne l'exercice de fonctions techniques distinctes du mandat social invoquées par A, tels que le suivi des comptes fournisseurs, des échéances des factures et des procédures de recouvrement, l'exécution d'ordres de paiement/virements bancaires, il y a lieu de dire que des fonctions, qui n'ont pas de caractère technique spécifique, peuvent aussi être exercées dans le cadre des fonctions de gérant administratif, et ne relèvent pas nécessairement de l'exécution d'une tâche de salarié.

Concernant enfin l'allégation de A qu'il aurait toujours agi sur ordre de C, il ne saurait être tenu compte de son courriel du 10 août 2014 contenant une description

des tâches accomplies par lui, étant donné qu'il s'agit d'un document unilatéral rédigé par l'une des parties au litige.

Il ne résulte pas des pièces versées que C, à supposer encore qu'il ait en tant que bénéficiaire économique pu exercer un contrôle, ait effectivement exercé un tel contrôle.

A offre encore de prouver par témoins l'existence d'un lien de subordination à l'égard de C.

La société B soulève l'irrecevabilité de cette offre de preuve au motif qu'elle porte uniquement sur une question juridique.

Aux termes de l'article 399 du NCPC, les témoins ne peuvent être entendus que sur des faits litigieux dont ils ont personnellement connaissance.

L'offre de preuve doit être déclarée irrecevable puisqu'elle ne ne contient aucun fait concret de nature à caractériser l'existence du lien de subordination allégué.

Il découle des considérations qui précèdent qu'il n'est pas établi que l'ancien contrat de travail entre parties ait survécu au nouveau contrat de gérance conclu entre parties le 30 juin 2010.

Il résulte également de ces considérations que le présumé pouvoir de contrôle du « Geschäftsführer » A n'est pas contredit par un pouvoir de contrôle effectivement exercé par la société.

Dès lors en l'absence de la preuve d'un lien de subordination, il n'y a pas contrat de travail et le tribunal du travail s'est partant à tort déclaré compétent.

Il y a lieu partant à réformation du jugement entrepris.

Au vu de l'issue du litige, la demande de A sur base de l'article 240 n'était pas fondée.

Pour le même motif sa demande en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel n'est pas fondée.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, troisième chambre, siégeant en matière de droit du travail, statuant contradictoirement, sur le rapport oral du magistrat de la mise en état,

reçoit les appels principal et incident ;

déclare l'appel principal non fondé ;

dit l'appel incident fondé ;

par réformation :

dit que la juridiction du travail est incompétente rationae materiae pour connaître de la demande ;

dit non fondées les demandes respectives des parties sur base de l'article 240 du NCPC ;

condamne A à tous les frais et dépens des deux instances avec distraction des dépens de l'instance d'appel au profit de Maître Michel MOLITOR qui la demande affirmant en avoir fait l'avance.